

Sygn. akt XVII AmT 29/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 listopada 2014 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SO Andrzej Turliński

Protokolant: sekretarz sądowy Patrycja Żuk

po rozpoznaniu w dniu 14 listopada 2014 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

zainteresowany: (...) S.A. w W. (poprzednio (...) S.A. w W.)

o ustalenie znaczącej pozycji rynkowej i nałożenie obowiązków regulacyjnych

na skutek odwołania od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 08 sierpnia 2012 r. Nr (...)

I. oddala odwołanie,

II. zasądza od Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji w W. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 360 zł (trzysta sześćdziesiąt zł) z tytułu zwrotu kosztów procesu,

III. zasądza od Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji w W. na rzecz (...) S.A. w W. kwotę 360 zł (trzysta sześćdziesiąt zł) z tytułu zwrotu kosztów procesu.

Sygn. akt XVII AmT 29/13

UZASADNIENIE

W dniu 8 sierpnia 2012 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Prezes UKE, pozwany) wydał decyzję nr (...) (37), w której:

na podstawie art. 24 pkt 1 i pkt 2 lit. b i lit. c w związku z art. 21 oraz art. 22 ust. 1, art. 46 ust. 1, art. 46 ust. 2 pkt 1, pkt 2, pkt 3, pkt 4 i pkt 5, art. 46 ust. 3 pkt 3 lit. a-b i art. 46 ust. 3 pkt 4 ustawy z dnia 16 lipca 2004r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm., zwanej dalej „ustawą Prawo telekomunikacyjne” lub „PT”) oraz art. 104 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity: Dz. U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.), zwanej dalej „kpa”, w związku z art. 206 ust. 1 PT:

określił rynek właściwy jako krajowy rynek świadczenia usługi przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla konsumentów-pkt I decyzji,

ustalił, że na krajowym rynku świadczenia usługi przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla konsumentów występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej-pkt II decyzji,

wyzaczył (...) S.A. z siedzibą w W. jako przedsiębiorę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na krajowym rynku świadczenia usługi przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla konsumentów-pkt III decyzji.

W pkt IV decyzji Prezes (...) utrzymał nałożone decyzją Prezesa (...) z dnia 27 sierpnia 2007 r., znak: (...)(...), na (...) S.A. z siedzibą w W. następujące obowiązki regulacyjne w zakresie świadczenia usługi przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla konsumentów na krajowym rynku świadczenia usługi przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla konsumentów:

1. obowiązek, o którym mowa w art. 46 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na nieutrudnianiu innym przedsiębiorcom wejścia na detaliczny rynek usług przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla konsumentów;
2. obowiązek, o którym mowa w art. 46 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na niestosowaniu nieuzasadnionych preferencji dla określonych użytkowników, z wyłączeniem wyjątków przewidzianych w ustawie Prawo telekomunikacyjne;
3. obowiązek, o którym mowa w art. 46 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na niezobowiązaniu użytkownika końcowego do korzystania z usług, które są dla niego zbędne;
4. obowiązek, o którym mowa w art. 46 ust. 3 pkt 4 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na przedstawianiu do zatwierdzenia przez Prezesa UKE cenników i regulaminów świadczenia usług przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla konsumentów.

W pkt V decyzji zmienił nałożone decyzją Prezesa UKE z dnia 27 sierpnia 2007 r., znak (...)(...) na (...) S.A. z siedzibą w W. następujące obowiązki regulacyjne w zakresie świadczenia usługi przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla konsumentów na krajowym rynku świadczenia usługi przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla konsumentów:

1. obowiązek, o którym mowa w art. 46 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na nieustalaniu zawyżonych cen w zakresie detalicznych usług przyłączania do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla konsumentów, poprzez jego uchylenie,
2. obowiązek, o którym mowa w art. 46 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo telekomunikacyjne, poprzez nadanie mu następującego brzmienia: obowiązek polegający na nieograniczaniu konkurencji poprzez ustalanie cen usług zaniżonych w stosunku do kosztów ich świadczenia, w zakresie usługi utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla konsumentów,
3. obowiązek, o którym mowa w art. 46 ust. 3 pkt 3 lit. a i lit. b ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na:
 - a. prowadzeniu rachunkowości regulacyjnej zgodnie z zatwierdzoną przez Prezesa UKE instrukcją,
 - b. prowadzeniu kalkulacji kosztów usług poprzez zastosowanie metody opartej na zorientowanym przyszłościowo w pełni alokowanym koszcie ((...)), zgodnie z zatwierdzonym przez Prezesa UKE opisem kalkulacji kosztów,poprzez jego uchylenie.

VI pkt decyzji stanowi, iż Załącznik nr 1 do niniejszej decyzji, zawierający dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowi integralną część niniejszej decyzji.

Zgodnie z VII pkt decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu stosownie do art. 206 ust. 2aa w zw. z art. 206 ust. 2 pkt 1 i pkt 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne.

Od tej decyzji odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów złożyła Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji (powoływana dalej jako powód bądź (...)).

W odwołaniu powód zarzucił Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej (powoływanemu dalej jako pozwany):

1. naruszenie art. 24 pkt 1 Prawa telekomunikacyjnego (dalej PE) przez nieprawidłowe określenie rynku właściwego,
2. naruszenie art. 24 pkt 2 lit. c Pt w związku z art. 46 ust. 2 pkt 3 lit. a, b Pt przez niezasadną zmianę nałożonego wcześniej obowiązku regulacyjnego polegającego na prowadzeniu rachunkowości regulacyjnej zgodnie z zatwierdzoną przez Prezesa UKE instrukcją oraz prowadzeniu kalkulacji kosztów usług zgodnie z zatwierdzonym przez Prezesa UKE opisem kalkulacji kosztów usług poprzez jego uchylenie.

W oparciu o przytoczone zarzuty KIGEiT wniósł o:

uchylenie zaskarżonej decyzji w całości i zasądzenie na swoją rzecz od pozwanego Prezesa UKE kosztów sądowych według obowiązujących przepisów prawa.

Uzasadniając pierwszy zarzut odwołania powód wskazał na zbyt wąsko ustalony w decyzji zakres produktowy rynku właściwego z uwagi na niezaliczenie do niego usług świadczonych z wykorzystaniem telefonii (...) (V. (...) P.). Tymczasem telefonia (...) jest w aktualnym stanie faktycznym (a w perspektywie dwóch lat będzie jeszcze silniej) substytutem telefonii tradycyjnej tj usług telefonii realizowanych przy wykorzystaniu:

łączy z dostępem analogowym,

łączy cyfrowych,

łączy telewizji kablowej,

łączy radiowych,

które to usługi pozwany uznał za wyczerpujące zakres produktowy rynku właściwego.

W ocenie powoda, wbrew twierdzeniom zawartym w zaskarżonej decyzji telefonia (...) wypiera telefonię tradycyjną i proces ten będzie narastał. W szczególności na tę okoliczność przywołał dane z „Raportu bieżącego (...) SA z dnia 25 lipca 2012 r.” Z przedstawionej w tym celu w odwołaniu tabeli „Bazy abonenckiej telefonii głosowej (...) SA wynika, że liczba abonentów telefonii głosowej (...) i (...) zmniejszyła się z 6.019.000 w końcu I kwartału 2011 r. i 5.442.000 w końcu IV kwartału 2011 r. do 4.920.000 na koniec II kwartału 2012 r.

Natomiast liczba abonentów (...) wzrastała w tym samym czasie odpowiednio z 30.000 przez 71.000 do 209.000.

Według powoda w perspektywie dwóch lat (do sierpnia 2014 r.) zważywszy na dynamikę przyrostu abonentów telefonii (...) i jednocześnie spadek klientów usług świadczonych w paśmie głosowym liczba abonentów (...) znacząco przekroczy 15%. W odwołaniu przywołano również stanowisko Zarządu (...) z działalności w pierwszym półroczu 2012 r., w świetle którego „w przyszłości usługi telefonii stacjonarnej mogą być usługą dodaną do Internetu czy telefonii komórkowej. W tym zakresie dużą popularnością cieszą się usługi w technologii (...) aktywowane na dostępie szerokopasmowym, będące ekwiwalentem tradycyjnej linii stacjonarnej.

Ponadto usługi (...) SA w systemie (...) są w ocenie powoda konkurencyjne cenowo w stosunku do telefonii tradycyjnej co wynika z porównania planu krajowego telefonii N. (...) i planu domowego 60 telefonii tradycyjnej na przykładzie tabeli ze str. 67 odwołania.

Powód wskazał również, w oparciu o dane z zaskarżonej decyzji, że stacjonarny dostęp do szerokopasmowego Internetu, niezbędnego do korzystania z telefonii w systemie (...), wynosił 45,9% gospodarstw domowych i miał tendencję rosnącą.

W zarzutach odwołania dotyczących uchylecia w zaskarżonej decyzji obowiązku regulacyjnego (...) SA polegającego na prowadzeniu rachunkowości regulacyjnej zgodnie z zatwierdzoną przez Prezesa (...) instrukcją oraz prowadzeniu kalkulacji kosztów usług zgodnie z zatwierdzonym przez Prezesa (...) opisem kalkulacji kosztów, powód podniósł w szczególności, że skutkiem powyższego Prezes (...) nie będzie posiadał wiarygodnych danych do oceny danych kosztowych przedstawianych przez (...) SA. Za dane takie nie sposób uznać przedkładanych przez (...) SA, a więc przez operatora którego działania podlegają ocenie, wyników testów zawężania ceny (testów PS). W konsekwencji może to doprowadzić do sytuacji w której Prezes (...) zaakceptuje ceny detaliczne (...) (obliczone na podstawie kosztów hurtowych zaakceptowanych w ofercie ramowej (...) SA oraz przedstawionych przez tego przedsiębiorcę kosztów detalicznych), które nie będą wystarczające, aby rozsądnie efektywny usługodawca mógł pokryć swoje koszty i osiągnąć rozsądny zysk.

Reasumując, w wyniku wydania zaskarżonej decyzji, Prezes UKE wobec braku wiarygodnych danych niezbędnych do badania poziomu cen na rynku telekomunikacyjnym, nie może weryfikować tych cen.

Pozwany Prezes (...) oraz zainteresowany wynikiem sprawy (...) SA w W. – obecnie (...) SA w W. wnieśli odpowiedzi na odwołanie, w których domagali się oddalenia odwołania i zasądzenia kosztów procesu od powoda – każdy na swoją rzecz.

Prezes UKE w swojej odpowiedzi wniósł o dopuszczenie dowodów z dokumentów o następujących tytułach:

- Raport Prezesa UKE o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2011 r.,
- Analiza substytucji usług głosowych w Polsce i pozostałych krajach Unii Europejskiej,
- Rynek telekomunikacyjny w Polsce. Klienci indywidualni,
- Regulamin świadczenia usług dostępu do Internetu i N.,
- Raport. Społeczeństwo informacyjne w Polsce. Wyniki badań statystycznych z lat 2007-2011,
- Analiza cen wybranych pakietów double play i triple play.

Dokumenty te pozwany złożył dla wykazania, że usługa telefoniczna w systemie (...) nie jest substytutem usług telefonii stacjonarnej-tradycyjnej na podstawie dostępu komutowanego.

Dla wykazania tych samych okoliczności (...) SA w swojej odpowiedzi na odwołanie wniosła o dopuszczenie dowodów z dokumentów o następujących tytułach:

- raport „Preferencje konsumentów rynku telekomunikacyjnego w latach 2009 – 2012”,
- raport „Preferencje konsumentów rynku telekomunikacyjnego w latach 2009 – 2012”,
- prezentacja „Rynek usług telekomunikacyjnych w Polsce. Badanie klientów indywidualnych 2012”,
- pismo Komisji Europejskiej z dnia 23 kwietnia 2012 r. sygn. (...) G.(...) (...),

- decyzja Komisji z dnia 10/I/2007 r. wydana na podstawie art. 7 ust. 4 Dyrektywy (...) („Wycofanie notyfikowanej decyzji”) w sprawie (...) rynek usług przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej dla konsumentów w Polsce i PL(...)-Detaliczny rynek usług przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej dla użytkowników końcowych z wyłączeniem konsumentów w Polsce,

- stanowisko Prezesa UKE w sprawie kontroli przestrzegania przez operatora o znaczącej pozycji na rynku detalicznym niektórych obowiązków regulacyjnych, w tym oceny cenników i regulaminów świadczenia usług.

Po uzyskaniu zgody Sądu powód złożył pismo procesowe (K 339 i nast.), w którym podtrzymał swoje stanowisko z odwołania, a także przeprowadził polemikę ze stanowiskiem pozwanego i zainteresowanego przedstawionymi w odpowiedziach na odwołanie.

Ponadto wniósł o przeprowadzenie szeregu dowodów z dokumentów (K – 345 zał. 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11 i 12) na okoliczność istnienia substytucyjności między usługą telefonii tradycyjnej i usługą w telefonii (...), przy czym już w tym miejscu należało zauważyć, że dokumenty te dotyczyły okresów czasowych po wydaniu zaskarżonej decyzji, za wyjątkiem dowodu przedstawionego w załączniku nr 11 do pisma (K-449).

Na okoliczność niezasadności uchylecia objętych treścią odwołania obowiązków regulacyjnych spoczywających na (...) SA powód przedstawił dowód załącznik nr 8 – decyzję Prezesa UKE z 27 sierpnia 2007 r. Z uwagi na to, że brak go było wśród załączników przy nadesłanym piśmie procesowym, powód decyzję tę przedłożył na rozprawie – protokół K-515 (czas nagrania 00:04:30).

Na rozprawie K-515 (czas nagrania 00:05:41 Sąd postanowił dopuścić dowody zawnioskowane przez powoda w odwołaniu i dowody-dokumenty załączniki nr 8 i 11 do pisma procesowego powoda z dnia 10 lutego 2014 r., a pozostałe wnioski dowodowe z tego pisma sądowego oddalił.

Sąd dopuścił dowody z dokumentów objęte wnioskami dowodowymi złożonymi w odwołaniach pozwanego i zainteresowanego.

Rozpoznając odwołanie Sąd ustalił i zważył co następuje.

Oddalone przez Sąd wnioski dowodowe powoda miały na celu wykazanie okoliczności faktycznych zaistniałych po dniu 8 sierpnia 2012 r. tj. po dniu wydania decyzji. Okoliczności te nie mogły zostać wzięte pod uwagę, ponieważ regulacje ex ante Prezesa UKE, a do nich zaliczyć trzeba zaskarżoną decyzję, której podstawą prawną jest art. 24 pkt 1 i pkt 2 lit. b oraz lit. c PT, mają na celu ocenę stanu konkurencji na rynku właściwym za pomocą faktów dotyczących tego stanu znanych regulatorowi z przeszłości oraz współczesnych w stosunku do dnia wydania decyzji regulacyjnej (stan faktyczny z chwili wydania decyzji). Z tego powodu zasada wyrażona w art. 316 k.p.c. wyrokowania w oparciu o stan rzeczy (w tym stan faktyczny na dzień wydania wyroku, a nie na dzień wydania decyzji) nie ma zastosowania do rozstrzygnięcia sprawy.

W wyroku z dnia 16 maja 2007 r. sygn. akt VI ACa 40/07 Sąd Apelacyjny w Warszawie stwierdził, że granice rozpoznania sprawy w wyniku odwołania od decyzji Prezesa (...) są pochodną jej zakresu przedmiotowego. Na etapie postępowania odwoławczego niedopuszczalne jest bowiem rozszerzenie podstaw faktycznych i prawnych decyzji o zaistniałe po dacie jej wydania. Sąd Okręgowy zgadza się z tym stanowiskiem. Z tego powodu wnioski dowodowe mające na celu rozszerzenie podstaw faktycznych zaskarżonej decyzji przez wprowadzenie zdarzeń, które miały miejsce po jej wydaniu nie mogły być uwzględnione. Nie mieszcząc się w przedmiocie zaskarżenia nie były istotne dla rozstrzygnięcia sprawy opartej o stan faktyczny ustalony na chwilę wydania decyzji.

Na marginesie należy dodać, że właśnie z tego powodu ustalanie okoliczności faktycznych do wydania decyzji z art. 24 PT ma miejsce cyklicznie, w krótkich – dwuletnich przedziałach czasowych poprzez analizy rynku właściwego.

Przechodząc do oceny zarzutów wniesionego odwołania Sąd uznał, że były one bezzasadne.

Dla rozważań odnoszących się do zarzutu niezaliczenia przez Prezesa UKE do rynku produktowego usług telefonii (...) kluczowe znaczenie ma definicja rynku właściwego podana w art. 4 pkt 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.) powoływanej dalej jako ustawa okik. Według tego przepisu przez rynek właściwy rozumie się rynek towarów (usług), które ze względu na ich przeznaczenie oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze na którym ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i kosztów transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Ogólnie rzecz ujmując na rynek właściwy składają się dwa rynki: asortymentalny (produktowy) z zaznaczeniem strony popytowej (preferencje nabywców) oraz terytorialny (geograficzny).

Nie ulega wątpliwości, że kontrowersja między powodem a pozwanym i zainteresowanym dotyczy zakresu rynku produktowego, do którego w zaskarżonej decyzji nie został włączony produkt – telefonia w technologii (...).

Za rynek produktowy Prezes UKE uznał usługę dostępu do publicznej sieci telefonicznej w lokalizacji stałej na którą składają się dwie usługi: przyłączenia do tej sieci i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych. Usługę dostępu zdaniem Prezesa realizuje się przy wykorzystaniu łączy z dostępem analogowym, łączy cyfrowych, łączy telewizji kablowej i łączy radiowych. Wszystkie te łącza oparte są o dostęp w technologii komutowanej.

Natomiast dostęp w technologii (...) oparty jest na technologii szerokopasmowego internetu (IP).

Na podstawie badania konsumenckiego przeprowadzonego na zlecenie UKE na reprezentatywnej grupie gospodarstw domowych w grudniu 2011 r. – dowód „Rynek telekomunikacyjny w Polsce w 2011 r. Klienci indywidualni” Sąd ustalił, że usługi (...) nie były w okresie bezpośrednio poprzedzającym wydanie decyzji uznawane przez nabywców za substytuty. Tylko 7,1% posiadaczy telefonów stacjonarnych byłoby skłonnych zastąpić zwykły telefon stacjonarny telefonem opartym o technologię (...). Sąd uznał ten dowód za kluczowy w sprawie, gdyż został on oparty o badania rynkowe preferencji potencjalnych użytkowników usługi (...) wykonane na zlecenie organu regulacyjnego – dla potrzeb analizy rynku przez wyspecjalizowane, zawodowo wykonujące badanie rynkowe podmioty – (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. Podobne istotne ustalenia wynikają z badań przeprowadzonych na zlecenie pozwanego przez firmę (...) „Rynek usług telekomunikacyjnych w Polsce. Badania klientów indywidualnych 2012”. Sąd ustalił, że w badaniach tych na pytanie „Czy był (a) by Pan (i) skłonny (a) zrezygnować ze zwykłego telefonu stacjonarnego na rzecz telefonu internetowego (...)?” tylko 6% respondentów odpowiedziało TAK, a aż 56% odpowiedziało NIE – dowód załącznik 4 do odpowiedzi (...) SA na odwołanie. W ocenie Sądu z obu badań wynika, że dla zdecydowanej większości telefonów w technologii łączy komutowanych, technologii (...) nie jest substytutem dostępu tradycyjnego, stacjonarnego.

Kolejnym istotnym czynnikiem przemawiającym za wyłączeniem technologii (...) z rynku produktowego ustalonego w sprawie jest zasadnicza różnica w zakresie dostępności sieci, do których następuje przyłączenie abonenta. Abonenci korzystający z tradycyjnej telefonii pokrywającej obszar całego kraju nie mogą bez ograniczeń korzystać z usług telefonii (...), ponieważ jest to możliwe wyłącznie w lokalizacjach z dostępem do szerokopasmowego Internetu. Jak podał w odwołaniu powód sieć ta obejmowała ok. 50% terytorium kraju. Skoro więc znaczna część abonentów z dostępem do telefonii stacjonarnej nie miała technicznych możliwości do zamiany tej usługi na usługę (...) oba rodzaje usług nie są substytutalne. Kolejna różnica występuje w zakresie jakości usługi głosowej w zależności od sieci, do której przyłączony jest użytkownik. W sieci o dostępie komutowanym jakość usługi (rozmowy) jest stała. Natomiast w telefonii (...) jakość połączenia może się pogarszać z uwagi na zmienną szybkość transmisji danych co ustalono na podstawie dowodu Regulaminu świadczenia usług dostępu do Internetu i N. oraz co więcej w czasie przerw w dostawie energii elektrycznej korzystanie z telefonii (...) w ogóle nie jest możliwe podczas, gdy tradycyjne aparaty telefoniczne są zasilane odrębnymi własnymi sieciami z centrali telefonicznej i w czasie takich przerw funkcjonują.

Ponadto korzystanie z systemu telefonii (...) uzależnione jest od posiadania dodatkowego urządzenia (modem, livebox) i kompatybilności tego urządzenia z aparatem telefonicznym co może wywoływać problemy natury technicznej w uzyskaniu dostępu.

Tak więc technologia (...) posiada ograniczenia nie znane telefonii tradycyjnej.

Powód nawet nie próbował podważyć przedstawionej w decyzji danej, w świetle której na koniec 2010 r. usługa telefonii (...) stanowiła jedynie 8,2% krajowego rynku telefonii stacjonarnej, a więc jego niewielką część. Co więcej dane przedstawione w odwołaniu zaczerpnięte z Raportu bieżącego (...) SA z dnia 5 lipca 2012 r. potwierdzają trafność tego stwierdzenia. Po przeliczeniu na %, na koniec II kwartału 2012 r. liczba abonentów (...) SA korzystających z telefonii (...) stanowiła zaledwie 4,24% całkowitej liczby abonentów (...) SA korzystających z tradycyjnej telefonii stacjonarnej. Formułowana przez powoda na tych faktach prognoza przekroczenia w ciągu dwóch lat klientów korzystających z telefonii (...) poziomu 15% nie jest trafną tym bardziej, że oparto ją wyłącznie na danych od (...) SA. Tymczasem Sąd ustalił na podstawie opracowanego na podstawie danych przekazywanych przez wielu przedsiębiorców telekomunikacyjnych, a więc reprezentatywnego „Raportu o stanie rynku telekomunikacyjnego za 2011 r.”, że rozwój rynku usług (...) uległ zahamowaniu, gdyż liczba korzystających z nich użytkowników spadła o 20,3%, a wartość tego rynku wzrosła tylko o 6,8% (str. 6 Raportu).

Nie sposób zatem przyjąć, że telefonia w systemie (...) w sposób dynamiczny zastępuje telefonię tradycyjną. Z przedstawionych przez powoda danych nie wynika ponadto, iż abonenci (...) SA rezygnują z tradycyjnej telefonii stacjonarnej właśnie na rzecz telefonii (...).

W świetle dowodów opartych na badaniach rynkowych i wynikających z nich wniosków nieistotne okazały się wywody powoda stanowiące jego polemikę z Prezesem UKE na temat ograniczeń funkcjonalności telefonii (...) w odniesieniu do usługi biura numerów (K 343 V akt sądowych teza 22) i powołany na okoliczność braku takich ograniczeń dowód – zał. 11 (K 449 akt sąd.).

Usługa biura numerów stanowi jedynie mały wycinek usług telekomunikacyjnych świadczonych dla konsumentów i na pewno samodzielnie nie przesądza o substytucyjności telefonii (...) w stosunku do usług opartych o dostęp komutowany.

Na podstawie przygotowanej na zlecenie Prezesa UKE „Analizy substytucji usług głosowych w Polsce i pozostałych krajach Unii Europejskiej” (str. 8, 26) Sąd ustalił i przyjął, że zasadniczym powodem rezygnacji abonentów z tradycyjnej telefonii stacjonarnej jest chęć korzystania z telefonii mobilnej. Natomiast telefonia (...) nie odgrywa istotnej roli, w efekcie zarówno czas trwania połączeń inicjowanych przez użytkowników tej usługi, jak również udział w wolumenie ruchu pozostaje na niskim poziomie. Telefonia (...) nie cieszy się dużym zainteresowaniem konsumentów, połączenia inicjowane przez użytkowników tej usługi stanowią niewielki odsetek w całkowitym wolumenie ruchu.

Z przeprowadzonych ustaleń i rozważań w sposób nie ulegający wątpliwości wynika, że w zaskarżonej decyzji prawidłowo przyjęto, iż telefonia (...) nie wchodziła na dzień jej wydania do rynku produktowego. Natomiast wszystkie twierdzenia powoda wskazujące, że ta telefonia na skutek dynamicznego rozwoju powinna być uwzględniona w rynku przez Prezesa UKE Sąd uznał za bezprzedmiotowe dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż odnosiły się do okresu po wydaniu decyzji, ten zaś nie mógł być wzięty pod uwagę z tych samych powodów, dla których oddalona została część wniosków dowodowych powoda.

Niezasadny okazał się zarzut odwołania naruszenia art. 24 pkt 2 lit. c Pt w zw. z art. 46 ust. 2 pkt 3 lit. a, b Pt poprzez niezasadną zmianę obowiązku regulacyjnego prowadzenia przez O. rachunkowości zgodnie z zatwierdzoną przez Prezesa UKE instrukcją oraz kalkulacji kosztów zgodnie z zatwierdzonym przez UKE opisem kalkulacji kosztów – poprzez uchylenie tego obowiązku.

Wg (...) uchylenie ww. obowiązków uniemożliwi organowi regulacyjnemu weryfikację kosztów przyjmowanych do testów PS. (...) do testów o kosztach podawane są przez (...) SA. Dlatego brak ich weryfikacji przez biegłego rewidenta może wpłynąć negatywnie na ich wynik, a w konsekwencji uchylić gwarancję właściwych cen na rynku detalicznym.

W świetle treści art. 46 ust. 1 pkt 1 i 2 Pt obowiązki na szczeblu detalicznym powinny uwzględniać zakres obowiązków na poziomie hurtu i powinny być nakładane, jeżeli obowiązki na rynku hurtu nie doprowadziły do osiągnięcia celu regulacyjnego. Wyprowadzić stąd trzeba wniosek, że obowiązki nakładane na rynkach detalicznych powinny być jedynie uzupełnieniem obowiązków z rynków hurtowych i to tylko wtedy, gdy efekty obowiązków z poziomu dostępowego-hurtowego okazały się niewystarczające do osiągnięcia stanu skutecznej konkurencji. Idąc dalej trzeba wskazać, że art. 24 ust. 1 pkt 2 lit. a PT nakazuje, aby nakładane obowiązki były adekwatne tj. przydatne do rozwiązania ustalonego problemu na rynku oraz proporcjonalne tj. użyteczne, niezbędne, nie-nadmierne do osiągnięcia celu.

Na gruncie niniejszej sprawy kryteria te trzeba przypisać do ustalonych w zaskarżonej decyzji dwóch problemów rynkowych:

1. wiązania abonamentu z innymi usługami (potencjalne umowy wiązane z wykluczeniem usługi, której ekwiwalentem jest wyłącznie opłata abonamentowa tj. bez pakietów dodatkowych minut połączeń),
2. dyskryminacji cenowej (różnicowania cen za tę samą usługę).

Należy podkreślić, że uchylony obowiązek kalkulacji kosztów nie wiąże się w żaden sposób z problemem ofert wiązanych. Nie jest zatem adekwatny dla rozwiązania tego problemu. Do osiągnięcia tego celu służy obowiązek nałożony na (...) SA w pkt IV.3 decyzji, który ma być nadal wykonywany.

Uchylony obowiązek nie jest też adekwatny do rozwiązania problemu różnicowania cen za ten sam produkt czyli uprzywilejowania części użytkowników. Do osiągnięcia tego celu służy nadal utrzymany przez Prezesa UKE obowiązek regulacyjny z pkt IV.2 decyzji.

Oceniając obowiązek proporcjonalności nakładanych obowiązków regulacyjnych należało zauważyć, że popierany w odwołaniu obowiązek kalkulacji kosztów pozwala ustalić cenę usługi na podstawie kosztów jej świadczenia. Jednakże na (...) SA nie nałożono obowiązku polegającego na określeniu cen usług w oparciu o koszty ich świadczenia. Jedynym obowiązkiem cenotwórczym nałożonym na (...) SA jest obowiązek nieograniczania konkurencji poprzez zaniżanie cen do kosztów ich świadczenia i to tylko w odniesieniu do opłat abonamentowych. Zatem obowiązek kalkulacji kosztów byłby nadmiernie uciążliwy generując koszty audytu.

W świetle powyższego Prezes UKE jako organ regulacyjny miał prawo uznać w zaskarżonej decyzji oceniającej rynek właściwy z perspektywy początku 2012 r., że kontrolę cen na rynku detalicznym zapewniać będzie w sposób wystarczający kontrola cen (hurtowych) z oferty ramowej (...) SA zatwierdzonej przez Prezesa UKE – wynika to ze stanowiska Prezesa UKE z dnia 15.07.2010 r. w sprawie kontroli przestrzegania przez operatora o znaczącej pozycji na rynku detalicznym niektórych obowiązków regulacyjnych, w tym cenników i regulaminów świadczenia usług (dowód-załącznik 7 do odpowiedzi (...) SA na odwołanie).

W związku z tym powoływanie się przez powoda w piśmie procesowym (K – 339) na odmienną regulację kontroli cen przez regulatora rynku w 2007 r. i argumentacją do tej regulacji (vide dowód: załącznik 8 do pisma-decyzja Prezesa UKE z 27 sierpnia 2007 r. złożona na ostatniej rozprawie) Sąd uznał za niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Podkreślenia wymaga, że także Komisja Europejska nie kwestionowała uchylenia objętego sporem obowiązku regulacyjnego co oznacza, że uznała przyjęte w zaskarżonej decyzji rozwiązanie za spełniające wymogi adekwatności i proporcjonalności (dowód-załącznik 5 do odpowiedzi (...) SA na odwołanie-pismo KE z dnia 23 kwietnia 2012 r. (...))

W tym stanie rzeczy odwołanie podlegało oddaleniu jako bezzasadne na podstawie art. 479⁶⁴ § 1 k.p.c.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 98, 99 i 108 § 1 k.p.c.